

O ABUSO DA PUBLICIDADE INFANTIL À LUZ DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS

Joyceane Monero Teixeira ¹
Priscilla Santana Silva ²

RESUMO

O tema proposto para o presente artigo trata do abuso da publicidade infantil à luz dos princípios constitucionais. Diante do número crescente de campanhas publicitárias voltadas à criança no nosso país, que por sua vez, não possuem capacidade cognitiva desenvolvida para discernir a necessidade, ou não, de se adquirir um produto ou serviço, tem-se pela abusividade de tais campanhas, sobretudo quando o foco das mesmas é a obtenção de lucro através de vendas destinadas às crianças. Portanto, objetiva-se com a proposta temática, apresentar os princípios constitucionais que irão direcionar a aplicação do Direito nos casos de uso e abuso da publicidade infantil. Para tanto, propõe-se a seguinte indagação: Como constatar a abusividade da publicidade infantil à luz da Constituição Federal? Para lograr êxito, por fim, o artigo se utiliza da metodologia de pesquisa bibliográfica, na qual foram consultadas obras de autores renomados que versam sobre o assunto.

Palavras-chave: Princípios constitucionais. Código de Defesa do Consumidor. Publicidade Infantil. Abuso.

THE ABUSE OF CHILD ADVERTISING IN THE LIGHT OF CONSTITUTIONAL PRINCIPLES

ABSTRACT

The theme to this paper is the abuse of child advertising in the light of constitutional principles. In face of the growing number of advertising campaigns towards the children in our country, which do not possess cognitive capacity developed to discern the need or not of acquiring a product or service, these campaigns become abusive, especially when the focus of the same is the profit through sales destined to children. The objective of the research is to present the constitutional principles which are going to direct the application of Law in the cases of use and abuse of child advertising. The following questioning is proposed: how to find the abuse of child advertising in the light of the Federal Constitution? To overreach success, the article uses the methodology of bibliographical research, in which were consulted books of renowned authors that crosses the subject.

Keywords: Constitutional principles; Consumer's Defense Code; child advertising; Abuse.

¹ Acadêmica do Curso de Direito da UniEvangélica

² Professora do Curso de Direito da UniEvangélica

INTRODUÇÃO

Diante da sociedade capitalista em que vivemos, torna-se preocupante a formação do cidadão, suas concepções de mundo e da realidade. Nesse sentido, tema de grande relevância e que merece reflexões é a publicidade voltada ao público infantil.

Fato é que a criança, ser em desenvolvimento, não possui ainda maturidade para discernir o que lhe é útil ou necessário sequer à sua subsistência, quanto mais para o sua saciedade, associada a momentos de prazer. Sobretudo, num sistema consumista, construído à custa de valores hedonistas, vinculados ao poder de compra, o indivíduo em formação acaba por ter uma imagem distorcida da realidade, do que lhe é verdadeiramente importante à manutenção e sustento. Daí o número crescente de pessoas frustradas, por vezes, diagnósticas com distúrbios depressivos – o mal deste século - aflorados por conta de desilusões, decepções, fracassos concebidos a partir do que lhe seria um ideal de vida.

Nesse contexto, a veiculação da publicidade com foco nas crianças, requer novos olhares e posturas, sobretudo do judiciário brasileiro. Objetiva-se, portanto, apresentar o tratamento jurídico dado ao tema, sobretudo diante da proposta de ativismo judicial, que busca a concretização e efetivação dos valores constitucionais, fundamentados nas regras e princípios, concebidos como normas.

O problema que ora se propõe indagar é: qual a hermenêutica jurídica a ser aplicada aos casos de publicidade enganosa e abusiva? Partindo-se do pressuposto de que o Código de Defesa do Consumidor é principiológico, resultado de uma forma inovadora de se legislar, necessário se faz apontar e conhecer os princípios que irão nortear a aplicação do Direito diante de um caso em concreto.

Portanto, tem-se que o ordenamento jurídico pátrio possui normas eficazes para fazer valer os direitos da criança nos casos em que a publicidade de volta a ela, induzindo-a ao consumismo. O que ocorre, por vezes, é o desconhecimento da importância e da lógica jurídica a ser utilizada para o caso.

Por fim, para o desenvolvimento do tema, utilizou-se como metodologia, a pesquisa bibliográfica através da qual foram realizadas leituras de autores renomados que versam sobre o assunto.

1. A publicidade infantil: aspectos gerais.

Lamentavelmente crianças têm sido um dos alvos favoritos da publicidade. Empresários estão investindo “pesado” na publicidade voltada a este público, pois têm obtido resultados economicamente promissores. Entretanto, este ataque publicitário acaba por comprometer a formação psicossocial e até mesmo o desenvolvimento físico saudável do infante.

No decorrer desta pesquisa, buscar-se-á conceituar marketing e publicidade, verificar a publicidade abusiva e a enganosa distinguindo-as, justificar o porquê esse tipo de publicidade não pode ser voltado para o infante, embasando-se, para tanto, nos princípios jurídicos que norteiam o tema.

1.1. Conceito de publicidade e marketing

A publicidade está intimamente ligada ao marketing (comercialização), porém não se confundem; enquanto a primeira é responsável pela criação, produção e conceito da divulgação, o marketing está direcionado ao mercado, a estratégias e técnicas de vendas e abordagem ao cliente. Juntos trabalham para divulgação e convencimento de seu público alvo sobre determinado serviço ou produto, visando a fins lucrativos (SILVA, 2013, *online*).

O Conselho Nacional de Autorregulamentação Publicitária - CONAR, em seu Código de Autorregulamentação Publicitária, mais especificadamente no artigo 8º, define a publicidade como “toda atividade destinada a estimular o consumo de bens e serviços, bem como promover instituições, conceitos e ideias”. O CONAR é uma organização não governamental criada, composta e mantida pelos próprios publicitários. Tem o objetivo de fiscalizar propaganda comercial no Brasil evitando a veiculação de anúncios enganosos, abusivos ou desrespeitosos, entretanto não tem sido eficiente na hora de reconhecer e punir os abusos praticados por eles mesmos.

O fim da publicidade é tornar conhecido um produto, serviço ou marca, com o objetivo de incitar o desejo de consumo visando à obtenção cada vez maior de lucro. O professor Eugênio Malanga afirma que a publicidade, “é a arte de despertar, no público, o desejo de compra, levando-o à ação”. Portanto, ela é um poderoso instrumento de venda, posto que “através de sua técnica e da arte de bem anunciar que se aumenta, vertiginosamente, o consumo de milhares de produtos” (1987, p. 43).

Há todo um processo de reflexão estratégica. Antes da criação de um anúncio é realizado um estudo de mercado para conhecer o público alvo a ser atingido; no caso das crianças, são realizadas segmentações de acordo com a faixa etária separando-as em grupos.

Realiza-se, a seguir, um levantamento de fatores psicológicos, culturais, sociais e pessoais bem como o máximo de informações possíveis para identificar as preferências da criança, conhecer suas necessidades e também de seus pais, já que estes são quem, de fato, efetivarão a compra. (SILVA et al, 2013, *online*). As técnicas publicitárias são articuladas, incitam crianças e adultos ao consumo. Nesse sentido, Armando Sant'anna afirma que:

A publicidade tem de interessar, persuadir, convencer e levar à ação, ou seja, tem de influir no comportamento das massas consumidoras. Para influir no comportamento de alguém é preciso conhecer este alguém, e este conhecer dever abranger: a natureza humana, as necessidades básicas, desejos e paixões que fazem agir o ente humano, seus hábitos e motivos de compra. (2002, p. 78).

É possível deduzir, portanto, que a publicidade está a serviço da comunicação de massa estando ligada, diretamente, a um conjunto de técnicas de vendas para que a informação consiga convencer o público de que é necessário adquirir um bem ou serviço.

1.2. A publicidade enganosa

A publicidade enganosa está ligada à informação errada sobre o produto ou serviço. Ela é definida no artigo 37, parágrafos 1º e 3º do CDC - Código de Defesa do Consumidor como:

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º [...]

§ 3º Para os efeitos deste código, a publicidade é enganosa por omissão quando deixar de informar sobre dado essencial do produto ou serviço.

Segundo Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin et al (2007, p.338), a propaganda pode ser considerada enganosa antes mesmo de atingir qualquer consumidor em concreto; basta ter sido veiculada. Ela pode ser enganosa por comissão, quando o fornecedor afirma algo capaz de induzir o consumidor a erro, e ainda, por omissão, no caso de o anunciante deixar de afirmar algo relevante e que, em razão dessa omissão, igualmente, induz o consumidor a erro.

Nesse sentido:

Não se exige prova de enganiosidade real, bastando a mera enganiosidade potencial; é irrelevante a boa-fé do anunciante, não tendo importância o seu estado mental, uma vez que a enganiosidade, para fins preventivos e reparatórios, é apreciada objetivamente; alegações ambíguas, parcialmente verdadeiras ou até literalmente verdadeiras podem ser enganosas; o silêncio – como ausência de informação positiva – pode ser enganoso; uma prática pode ser considerada normal e corriqueira para um determinado grupo de fornecedores e, nem por isso, deixar de ser enganosa; o standard da enganiosidade não é fixo, variando de categoria a categoria de consumidores (por exemplo, crianças, idosos, doentes, rurícolas e indígenas são particularmente protegidos) (BENJAMIN, 2007, p. 338).

Adalberto Pasqualotto afirma que é no público-alvo da publicidade que se deve avaliar a capacidade de indução em erro: o consumidor médio seria aquele que carrega um mínimo de espírito crítico, inteligência e discernimento. Para ele, o critério do consumidor médio, considerado em abstrato, é manifestamente impróprio. A sua aplicação prática remete a proteção ao consumidor à sua própria diligência e atenção, permitindo, outra vez, que a publicidade seja instrumento de manipulação pública e deixando impunes os anunciantes espertos (1997, p.124).

Luiz Antônio Rizzatto Nunes afirma que o artigo 37 do CDC protege a ética e acrescenta que: “O anúncio publicitário não pode faltar com a verdade daquilo que anuncia, de forma alguma, quer seja por afirmação quer por omissão. Nem mesmo manipulando frases, sons e imagens para, de maneira confusa ou ambígua iludir o destinatário do anúncio” (2011, p. 108).

Entre as propagandas diretamente voltadas ao público composto por crianças e adolescentes, muitos são os questionamentos éticos que podem surgir, sobretudo quando se verifica que a dignidade desses sujeitos é aviltantemente afrontada.

Atualmente não se pode separar a ética informativa da deontologia empresarial, condicionada pelo fenômeno da oferta e da demanda de trabalho e de dinheiro. O setor econômico age como grupo de pressão sobre o setor profissional. Este fica prestes a trair os ideais éticos informativos, submetendo a verdade ao lucro e a liberdade de expressão e de consciência aos interesses dos acionistas e empresários (BLÁZQUEZ, 1999, p. 24-25).

A eticidade empresarial é suprimida ante a expressiva lucratividade que a publicidade gera. O efeito da publicidade enganosa é induzir o consumidor a acreditar em alguma coisa que não corresponda à realidade do produto ou serviço em si, ou relativamente a seu preço e forma de pagamento, ou ainda, a sua garantia. Os produtos são anunciados enquanto o marketing passa despercebido contrariando a norma do CDC, e os consumidores, muitas vezes, não percebem este artifício, consolidando uma potencial publicidade enganosa.

1.3. A publicidade abusiva

A publicidade abusiva diferencia-se da enganosa, pois a abusiva não tem um conceito definido pelo legislador. Ele apenas enumerou num rol exemplificativo, no § 2º do Artigo 37 do Código de Defesa do Consumidor, algumas hipóteses em que ela ocorrerá. Vejamos:

Art. 37. É proibida toda publicidade enganosa ou abusiva.

§ 2º É abusiva, dentre outras a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeita valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

A publicidade abusiva desrespeita os valores intrínsecos das pessoas gerando dano moral. Guinther Spode caracteriza essa publicidade nos seguintes termos:

Na caracterização da publicidade abusiva, a motivação dirigida ao consumidor é obtida por meio da apresentação de ideias falsas como se fossem verdadeiras e também pelo desrespeito aos valores incorporados pela média das pessoas. A publicidade abusiva configura, portanto, modalidade de abuso de direito (2002, p. 189).

Não diferente, Luiz Antônio Rizzatto Nunes afirma que a ideia da abusividade tem relação com a doutrina do abuso do direito e define o abuso do direito como: “o resultado do excesso de exercício de um direito, capaz de causar dano a outrem. Ou, em outras palavras, o abuso do direito se caracteriza pelo uso irregular e desviante do direito em seu exercício, por parte do titular” (2011, p. 184).

A publicidade abusiva, vedada pelo Código de Defesa do Consumidor, não está sempre ligada ao produto ou ao serviço, mas também à publicidade em si, em seus termos, que envolve àqueles. Agentes publicitários, ao se utilizar de estratégias com o fim de adequar, discretamente, o produto ou serviço a um estilo de vida almejado por seus consumidores, podem causar danos de difícil reparação a estes. E, é na lógica da abordagem abusiva que se constata uma possível nocividade nas estratégias publicitárias atuais:

Se aceitarmos que a publicidade pode induzir alguém a algo além de consumir, isto já é um nocivo *de per se*, porque estará servindo de instrumento à criação de uma necessidade extra, além daquela à qual está social e juridicamente autorizada. Não fosse por esse raciocínio, a publicidade, em si seria uma violência, por inverter o processo de necessidade no mercado de consumo, e não somente criá-la, mas por inserir um comportamento padrão ainda não existente (FEDERIGUI, 1999, p. 72).

A publicidade se torna abusiva na medida em que induz o consumidor, especialmente o infante, ao erro. Ao criar uma necessidade inexistente ou apresentar o ato de compra como solução para os problemas ou, até mesmo vender um sentimento almejado por todos, ao invés do produto em si, podem causar danos ao consumidor, e estes, por sua vez, devem ser sanados pelos responsáveis do anúncio que contém o vício.

2. Mudanças advindas do pós-positivismo

Tendo sido expostas a conceituação da publicidade e a sua caracterização como sendo abusiva, passa-se a apontar o tratamento jurídico a lhe ser imputado quando da aplicação, ou não, da responsabilidade civil. A hermenêutica, diante de um caso concreto, por óbvio, requer a adequação em consonância ao ordenamento jurídico brasileiro. Ocorre que tal adequação tem sido motivada por novos parâmetros quando da aplicação do Direito, tal como ocorre na visão pós-positivista, por muitos defendida como a ideal de critério de interpretação dentro da realidade jurídica pátria.

Atualmente vivemos em um momento de transição do constitucionalismo; este caminha para profunda transformação denominada pós-positivismo, neoconstitucionalismo ou ainda chamado de constitucionalismo pós-moderno. Essas novas mudanças visam buscar maior eficácia da Constituição, tornando-a mais concreta principalmente no que diz respeito aos direitos fundamentais. Nesse sentido, preceitua Walber de Moura Agra ao dispor que: “o neoconstitucionalismo tem como uma de suas marcas a concretização das prestações materiais prometidas pela sociedade, servindo como ferramenta para a implementação de um Estado Democrático de direito” (2008, p. 31).

As principais características do pós-positivismo podem ser identificadas, em suma, como: a) A abertura valorativa do sistema jurídico e, sobretudo, da Constituição; b) Regras e princípios são considerados normas jurídicas; c) A concretização, efetivação dos valores constitucionalizados; d) O ativismo judicial; e e) A eficácia horizontal dos direitos fundamentais. Analisaremos adiante cada uma dessas características de forma detalhada.

2.1. A Abertura Valorativa do Sistema Jurídico e, sobretudo, da Constituição

Com o advento do pós-positivismo o direito se reaproxima da moral ao dar abertura interpretativa na aplicação da lei no caso concreto baseando-se na razoabilidade e proporcionalidade.

As Constituições são permeadas por regras e princípios. Quanto às regras não há muita análise valorativa, visto que elas têm um reduzido grau de abstração. Já para os princípios abre-se uma via entre a moral e o direito, pois tem um conteúdo valorativo e de grande abstração. Sobre o tema Luís Roberto Barroso afirma:

O pós-positivismo busca ir além da legalidade estrita, mas não despreza o direito posto; procura empreender uma leitura moral do Direito, mas sem recorrer a categorias metafísicas. A interpretação e aplicação do ordenamento jurídico hão de ser inspiradas por uma teoria de justiça, mas não podem comportar voluntarismos ou personalismos, sobretudo os judiciais. No conjunto de ideias ricas e heterogêneas que procuram abrigo neste paradigma em construção incluem-se a atribuição de normatividade aos princípios e a definição de suas relações com valores e regras; a reabilitação da razão prática e da argumentação jurídica; a formação de uma nova hermenêutica constitucional (2007, p. 22).

Um bom exemplo disso é o artigo 40 §1º item II da CF/88, que prevê a aposentadoria compulsória aos 70 anos, trata-se de uma regra na qual não tem o que se interpretar até porque não há abstração. Em contrapartida o dispositivo 37, caput. da CF/88 dispõe que a Administração Pública direta e indireta deverá obedecer entre outros ao princípio da moralidade. Percebe-se aí um auto grau de abstração e é exatamente nesse momento que se aplica a interpretação valorativa, buscando-se aproximar ao máximo do senso de justiça sem, contudo agir arbitrariamente.

2.2. Regras e princípios considerados normas jurídicas

Há não muito tempo atrás, os princípios eram classificados como uma fonte normativa subsidiária. No caso em concreto, não achando norma regulamentadora, o magistrado deveria recorrer a fontes secundárias do direito como a analogia, costumes e dentre eles os princípios gerais do direito. É o que se verifica nas palavras de Mamari Filho segundo a qual a natureza dos princípios gerais é “eminentemente supletiva, integradora, na medida em que se admite que o sistema de leis (positivas) é incapaz de regular todas as situações havidas na vida cotidiana” (2005, p. 17).

Verifica-se, então que os princípios serviam tão somente como “tapa buracos” da lei. Recentemente, com o advento do pós-positivismo, foi reconhecida a força normativa dos princípios. Nesse entendimento Paulo Bonavides afirma:

Não há distinção entre princípios e normas, os princípios são dotados de normatividade [...] a distinção não é como nos primórdios da doutrina, entre princípios e normas, mas entre regras e princípios, sendo as normas o gênero, e as regras e princípios a espécie (2009, p. 288).

Atualmente não há dúvidas de que os princípios são normas e estão ao lado das regras e, como tal, têm o poder de regular diretamente as condutas tomando por base a razoabilidade e a proporcionalidade.

2.3. A concretização e efetivação dos valores constitucionalizados

O Direito Constitucional e a Constituição existem para se efetivarem, no propósito de definirem o que o direito é, e não o que deveria ser. Nessa conjectura Luís Roberto Barroso afirma:

A efetividade significa, portanto, a realização do Direito, o desempenho concreto de sua função social. Ela representa a materialização dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o dever-ser normativo e o ser da realidade social (1993, p. 79).

Não diferente de tal entendimento, Écio Oto Ramos Duarte compartilha que: “o neoconstitucionalismo parte de uma nova visão da Constituição, buscando dar a ela sentido e, assim, superando seu caráter meramente retórico, encontrando mecanismos para a real e efetiva concretização de seus preceitos” (LENZA *apud* DUARTE, 2012, p.84).

Para que a Constituição se efetive faz-se necessário que os valores nela contidos correspondam aos anseios da sociedade, caso contrário, será tão somente uma constituição simbólica que servirá de álibi para os governantes se esquivarem de suas responsabilidades. Sobre esse ponto Pedro Lenza adverte que: “havendo uma falta de concretização normativo-jurídica do texto constitucional, o texto da Constituição é utilizado de acordo com os interesses políticos” (2012, p. 83). Afirma ainda que esta problemática é verificada também nos sistemas econômico, educacional e de saúde.

Com essa vertente da real efetividade da Constituição, as normas programáticas entram em xeque, pois elas tomaram força imperativa e passaram a ter eficácia vinculante e imediata, deixando de serem interpretadas como uma mera intensão futura, já que a norma constitucional é obrigatória.

A visão crítica que muitos autores mantêm em relação às normas programáticas é, por certo, influenciada pelo que elas representavam antes da ruptura com a doutrina clássica, em que figuravam como enunciados políticos, meras exortações morais, destituídas de eficácia jurídica. Modernamente, a elas é reconhecido valor jurídico idêntico ao dos restantes preceitos da Constituição, como cláusulas vinculativas, contribuindo para o sistema através dos princípios, dos fins e dos valores que incorporam. Sua dimensão prospectiva, ressalta Jorge Miranda, é também uma dimensão de ordenamento jurídico, pelo menos no Estado Social (BARROSO, 1993, p. 111).

Há de se concordar que a eficácia das normas programáticas é complexa por depender de políticas públicas a serem desenvolvidas para que elas de fato se efetivem. Entretanto, Marcos André Couto Santos afirma que as normas programáticas tem tão-somente o efeito de não aceitar a violação das normas programáticas por parte do Poder Público. E, ainda:

É necessário ressaltar que atualmente as normas programáticas não fazem nascer direitos subjetivos públicos para os jurisdicionados, tendo apenas o efeito negativo de exigir que o Poder Público se abstenha da prática de atos que atentem contra os ditames desses programas normativos (2013, *online*).

Assim, o Mandado de Injunção e a Ação de Inconstitucionalidade por Omissão são instrumentos que podem garantir a concretização efetiva das normas programáticas.

2.4. O ativismo judicial

A norma jurídica não se confunde com o texto normativo. A primeira nasce com a interpretação, devendo ser entendida como a significação completa obtida partir da leitura dos textos, ou seja, reflete os sentidos decorrentes da interpretação de seu texto. O texto normativo, por sua vez, é tão somente o enunciado escrito que serve de suporte físico para a norma jurídica.

As normas jurídicas devem ser entendidas como o resultado do processo de interpretação dos textos normativos. O texto é um evento que ao se mostrar a clareira do sujeito, faz desvelar o ser Direito. Neste sentido, a norma jurídica consiste na compreensão do texto entendido como fenômeno, por isso não existe correspondência biunívoca entre norma e dispositivo legal, sendo perfeitamente possível se extrair de um mesmo dispositivo mais de uma norma jurídica ou que a partir de um conjunto de textos se construa apenas uma norma (BRITTO, 2013, *online*).

Cabe ao intérprete da norma adequá-la ao caso concreto: “a transformação de textos normativos em normas jurídicas depende da construção de conteúdos de sentido pelo próprio intérprete” (ÁVILA, 2009, p. 24). Nessa configuração, o papel do Poder Judiciário ganha relevância; deixa de ser a simples “boca da lei” passando a interpretar a lei sem, no entanto, modificar a materialidade de seu texto.

2.5. A eficácia horizontal dos direitos fundamentais

Os direitos fundamentais deixam de ser aplicáveis apenas em face do Estado (eficácia vertical) passando a ser aplicáveis também nas relações entre particulares (eficácia horizontal). Esta última provém do reconhecimento de que as desigualdades não ocorrem apenas na relação entre o Estado e o particular, mas também entre os próprios particulares, nas relações privadas.

Ponto de partida para o reconhecimento de uma eficácia dos direitos fundamentais na esfera das relações privadas é a constatação de que, ao contrário do Estado clássico e liberal de Direito, no qual os direitos fundamentais, nas condições de direitos de defesa, tinham por escopo proteger o indivíduo de ingerências por parte dos poderes públicos na sua esfera pessoal e no qual, em virtude de uma preconizada separação entre Estado e sociedade, entre público e o privado, os direitos fundamentais alcançam sentido apenas nas relações entre os indivíduos e o Estado, no Estado social de Direito não apenas o Estado ampliou suas atividades e funções, mas também a sociedade cada vez mais participa ativamente do exercício do poder, de tal sorte que a liberdade individual não apenas carece de proteção contra os poderes públicos, mas também contra os mais fortes no âmbito da sociedade, isto é, os detentores de poder social e econômico, já que é nesta esfera que a liberdade se encontra particularmente ameaçada (SARLET, 2007, p. 398-9).

Pode-se concluir, diante dessa realidade, que o alto grau de desigualdade entre os particulares - o que se constata, por exemplo, entre os sujeitos da Relação Jurídica de Consumo - autoriza e firma o entendimento da incidência imediata dos direitos fundamentais nas relações extra-estatais.

3. Fundamentos principiológicos que devem ser respeitados

Os princípios são diretrizes, fundamentos da construção do Ordenamento Jurídico que orientam a leitura e a aplicação do Direito ao caso concreto.

Na concepção neoconstitucionalista, os princípios são reconhecidos como normas jurídicas, diante de seu maior grau de abstração, cuja hermenêutica deve se ater, uma vez que ao julgar, inevitavelmente o Judiciário está por criar o próprio Direito, daí a noção de ativismo judicial.

Nesse pressuposto, importante se faz, diante da temática que ora se apresenta, apontar alguns princípios que norteiam a proteção da criança contra a publicidade abusiva à luz do Código de Defesa do Consumidor.

3.1. Princípio da Dignidade da pessoa humana

Em toda relação jurídica, deve-se resguardar o princípio da dignidade da pessoa humana. Alexandre de Moraes conceitua direitos humanos fundamentais como “o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano, que tem por finalidade básica o respeito a sua dignidade, por meio de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana” (2007, p. 94).

A expressão “dignidade humana” deriva do entendimento de que toda pessoa tem um lugar na sociedade pelo simples fato de ser caracterizado como humano e devendo por isso ser respeitado. Em consonância com o entendimento retro, Héctor Valverde Santana afirma que:

A dignidade é um valor interno e absoluto que não admite substituição por outro valor equivalente. Não há preço para a dignidade. Trata-se de um atributo inerente ao ser humano, superior a todos os outros e que se confunde com a natureza do ser racional, que existe como um *fim* e não apenas como um *meio* (2009, p. 33).

Assim, a dignidade da pessoa humana é uma qualidade intrínseca, inseparável de todo e qualquer ser humano, é um valor moral e espiritual inerente à pessoa, configura-se como um valor próprio que o identifica e o faz merecedor de respeito e consideração por parte do Estado e da sociedade. Trata-se de um atributo que todo ser humano possui independentemente de qualquer requisito ou condição, seja ele de nacionalidade, sexo, religião, posição social etc. A dignidade da pessoa humana é considerada como o nosso valor constitucional supremo. Guilherme Fernandes Neto acrescenta-a como sendo:

O dever de seguir a decência, respeitar o decoro, não expondo ou explorando sensacionalisticamente as mazelas do ser humano, conspurcando qualidade morais de indivíduos. A dignidade da pessoa humana impede, no âmbito da publicidade, a exploração do ser humano, transformando-o em protagonista da publicidade em razão de suas enfermidades, deformações, desgraças. A dignidade da pessoa humana coíbe humilhações, enquanto sua utilização na Comunicação Social evita que estas sejam veiculadas ou exploradas pela mídia (2004, p. 61).

No que toca ao princípio da dignidade da pessoa humana em face do uso da publicidade, como um direito, deve ser respeitado nas relações entre indivíduos e Estado, indivíduos e indivíduos e indivíduos e empresas. Porém, infelizmente, o respeito a esse direito tem sido negligenciado pela mídia.

3.2. Princípio da isonomia

Inicialmente, acreditava-se que o consumidor tinha plena consciência na escolha de produtos e serviços oferecidos no mercado; hoje o CDC reconhece o fato da vulnerabilidade do consumidor na relação jurídica de consumo, por entender que ele não detém informações técnicas do produto fornecido, podendo ser facilmente enganado quanto às características do bem ou quanto à sua utilidade, bem como a falta de conhecimentos jurídicos específicos.

É o que se afere da interpretação dos artigos 4º, I e Artigo 6º, VIII, do CDC que determinam:

Art. 4º A Política Nacional das Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria da sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

I - reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo;

Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

Então, o reconhecimento da vulnerabilidade torna-se uma medida da realização de isonomia garantida na Constituição. No que se refere a essa isonomia, o professor e doutor desembargador Marcus da Costa Ferreira, na revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo, defende:

Tomou-se consciência da absoluta necessidade de proteger a vítima da moderna sociedade de consumo, em face das situações de desigualdade que esta inevitavelmente gera, representada pela criação de necessidades inexistentes criadas pelas modernas técnicas de marketing, dos abusos do poder econômico, da falta de qualidade dos produtos e serviços produzidos, comercializados e prestados em massa (2011, p. 41).

No entanto, além da busca pela equidade do consumidor que se encontra vulnerável pelos fatos já expostos, Antônio Herman de Vasconcelos Benjamin destaca outro tipo de consumidor – o hipossuficiente. Conhecidos como tal, sua vulnerabilidade é acrescida pela característica de não possuírem meios de produzir provas do que alegam; eles são os consumidores ignorantes, no sentido técnico do conhecimento daquilo que estão a consumir, de idade pequena ou avançada, de saúde frágil, bem como aqueles cuja posição social não lhes permite avaliarem com adequação o produto ou serviço que estão adquirindo. Assim explica o referido autor:

A vulnerabilidade é um traço universal de todos os consumidores, ricos ou pobres, educados ou ignorantes, crédulos ou espertos. Já a hipossuficiência é marca pessoal, limitada a alguns – até mesmo a uma coletividade -, mas nunca a todos os consumidores. A vulnerabilidade do consumidor justifica a existência do Código. A hipossuficiência, por seu turno, legitima alguns tratamentos diferenciados no interior do próprio Código (2007, pp. 224-225).

Infere-se, então, que a vulnerabilidade e hipossuficiência não se confundem. O consumidor é, portanto, presumidamente vulnerável, enquanto pessoas que legitimam tratamentos diferenciados como a criança, o índio e o idoso, por exemplo, podem ainda ser identificados como hipervulneráveis, podendo ademais, conforme a possibilidade de fazerem prova do que alegam, serem considerados hipossuficientes.

3.3. Princípio da prioridade absoluta

Outra passagem da Constituição Federal que, na maioria das vezes, não é levada em consideração pelas grandes empresas, é a tratada no artigo 227 que discorre acerca da prioridade absoluta a ser destinada à criança no que diz respeito ao seu desenvolvimento físico e psíquico saudável. O referido artigo dispõe:

Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão.

O fato de o Estado e a sociedade terem o dever de resguardar os direitos da criança, do adolescente e do jovem com prioridade absoluta, pauta-se na formação de cidadãos co-responsáveis pela sociedade que estão construindo, e no reconhecimento da prevenção e proteção que devem ser dadas aos mesmos, uma vez que são seres em desenvolvimento, passíveis de inúmeras influências. A criança, o adolescente e o jovem devem receber tratamento adequado a sua capacidade de absorver informações para que não sofram possíveis danos, seja em sua personalidade, seja em seu desenvolvimento como cidadão consciente.

3.4. Princípio da boa-fé

A boa-fé está relacionada com o agir com lealdade, honestidade e probidade de ambas as partes participantes da relação contratual. Este princípio é uma fonte, criadora de deveres jurídicos para os contratantes. Tanto antes, quanto durante e depois, deve-se agir pelo princípio da boa-fé em uma realização de negócio jurídico entre partes. Este princípio tem função delimitadora ao impedir o cometimento de excessos por qualquer das partes. Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho explicam que:

Por meio da boa-fé objetiva, visa-se evitar o exercício abusivo dos direitos subjetivos. Aliás, no atual sistema constitucional, em que se busca o desenvolvimento socioeconômico sem desvalorização da pessoa humana, não existe mais lugar para a 'tirania dos direitos' (2009, p. 76).

O Código Civil, em seu artigo 187, reconhece a função delimitadora de tal princípio, considerando ato ilícito o ato realizado por pessoa que excede os limites da boa-fé ao preceituar: “também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, exceder manifestamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

Considerações Finais

Expostas as considerações jurídicas acerca da publicidade voltada ao público infantil infere-se que, sob os ditames constitucionais e consumeristas, o abuso é constatado quando o alvo das campanhas publicitárias é a criança.

O Código de Defesa do Consumidor é considerado um microssistema jurídico próprio, uma forma inovadora de legislar fundamentado em princípios jurídicos. Nesse paradigma, necessário se faz adotar uma hermenêutica condizente com essa visão, que, por conseguinte, tal código requer para a sua aplicação. Portanto, os princípios, constitucionais e gerais do Direito irão direcionar a legalidade, licitude e legitimidade da ação publicitária em face do ordenamento pátrio.

Diante da preocupação com a formação da criança e da realidade de fomento, de mercado de consumo, de fiscalização precária e da autorregulamentação ainda insipiente do setor publicitário, caberá ao Judiciário intervir, de maneira profícua, nas relações jurídicas que lhe são encaminhadas.

Tendo por norte o fato de que o tema envolve matéria constitucional, consumerista, civilista e ainda, o Estatuto da Criança e do Adolescente, a hermenêutica a ser aplicada ao caso jurídico deverá considerar que as campanhas publicitárias visam à formação de um contrato, de compra e venda, cujo foco é a obtenção de lucros. Ocorre que, sendo um negócio jurídico, necessário se faz atentar para os elementos que o tornem existente e válido, à luz do que preceitua o Art. 104 do Código Civil, tais como: agente capaz, objeto lícito, possível, determinável ou determinado, forma prescrita e não defesa em lei. Já nesse ponto, tem-se pela invalidade do negócio quando este envolve um menor impúbere – no caso da criança, nos ditames do artigo 166 do referido diploma legal. Por isso de se defender a tese de ser ilegal a publicidade voltada ao público infantil.

Ainda nessa linha de raciocínio, nas perspectivas do Código de Defesa do Consumidor, toda campanha publicitária cujo foco é a criança, torna-se abusiva, posto que a oferta equivale à proposta, e esta, por sua vez, vincula ao proponente. Então, quando os veículos de comunicação são usados para a venda de brinquedos, por exemplo, voltando-se toda a mensagem à criança, como receptora de uma proposta de negócio, diga-se de passagem, por vezes, envolvendo quantias em dinheiro consideráveis para os padrões nacionais, o infante é quem de fato passa a aceitar, ou não, aquele negócio jurídico. Os pais dessa criança apenas intervêm na relação financeiramente, já que sequer têm conhecimento do produto ou serviço que o menor quer adquirir.

Portanto, a abusividade da publicidade se manifesta no uso de campanhas direcionadas ao infante, e que se aproveitam de sua ingenuidade, da sua falta de cognição e concepção da realidade, para vender-lhe um produto ou serviço, o que é um absurdo! A criança diante dos métodos de venda, altamente especializados, fica à mercê de toda uma indústria financeira que, no fim, até mesmo por conta da razão de ser de uma empresa ou fábrica, o que se pretende, é o lucro. No caso, os Princípios Constitucionais e Gerais do Direito é que irão ditar as normas reguladoras a serem aplicadas a tal situação.

BIBLIOGRAFIA

AGRA, Walber de Moura. **Curso de Direito Constitucional** - 4 ed. Editora: Forense, 2008.

ÁVILA, Humberto. **Teoria dos princípios – Da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 9ª ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BARROSO, Luís Roberto. **Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito**. O triunfo tardio do Direito Constitucional no Brasil <<http://jus.com.br/artigos/7547/neoconstitucionalismo-e-constitucionalizacao-dodireito/1>> Acesso em: 10/10/2013.

_____, Luís Roberto. **O Direito Constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidades da constituição brasileira**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1993.

BENJAMIN, Antônio Herman de Vasconcellos; GRINOVER, Ada Pellegrini; FINK, Daniel Roberto; FILOMENO, José Geraldo Brito; WATANABE, Kazuo; NERY JÚNIOR, Nelson; DENARI, Zelmo. **Código de Defesa do Consumidor comentado pelos autores do anteprojeto**. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária. 2007.

BLÁZQUEZ, Niceto. **Ética e meios de comunicação**. São Paulo: Paulinas. 1999.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito constitucional**. 24. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 5. ed. Atual. e ampli. São Paulo: Saraiva. 2011.

BRITTO, Daniel Souza. ARAÚJO, Alexandre Oliveira. **As normas jurídicas**.<http://www.viajus.com.br/viajus.php?pagina=artigos&id=1513&idAreaSel=21&seeArt=yes> Acesso em: 09de set.2013.

CONSUMIDOR, **Código de Defesa do Consumidor**. 5. ed. Atual. e ampli. São Paulo: Saraiva. 2011.

FEDERIGHI, Suzana Maria Pimenta Catta Preta. **Publicidade Abusiva**. 1 ed. São Paulo: Juarez de Oliveira. 1999.

FERNANDES NETO, Guilherme. **Direito da Comunicação Social**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

FERREIRA, Marcus da Costa. **Serviços Públicos Essenciais e a Proteção dos Consumidores**. Revista Luso-Brasileira de Direito de Consumo, 2011.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo Curso de Direito Civil: contratos: teoria geral**. 5. ed. São Paulo: Saraiva. 2009.

LENZA, Pedro. **Direito Constitucional Esquematizado**,16. Ed. . Atual. e ampli. São Paulo: Saraiva. 2012.

MALANGA, Eugênio. **Publicidade, uma introdução**. 4 ed. São Paulo: Edima, 1987.

MAMARI FILHO, Luís Sérgio Soares. **A comunidade aberta de intérpretes da Constituição: o amicus curiae como estratégia de democratização da busca do significado das normas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

MORAES, Alexandre de. **Constituição do Brasil interpretada e legislação constitucional**. 7 ed. São Paulo: Atlas, 2007.

NUNES, Luiz Antônio Rizzatto. **Curso de Direito do Consumidor**. 6 ed. São Paulo. Saraiva. 2011.

PASQUALOTTO, Adalberto, **Os efeitos obrigacionais da publicidade no CDC**. São Paulo: Revista dos Tribunais. 1997.

SANTANA, Héctor Valverde. **Dano moral no direito do consumidor**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

SANT'ANNA, Arnaldo. **Propaganda: teoria, técnica e prática**. 7 ed. São Paulo: Thonson Pioneira. 2002.

SANTOS, Marcos André Couto. **Efetividade das normas constitucionais**. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/602/r147-01.PDF?sequence=4>> Acesso em: 05 de set. 2013

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 9 ed., rev., ampl. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

SILVA, Cláudia, RAMOS, Dina, SILVA Dulcinda, BATISTA Énia, GOUVEIA Joana. **Marketing Infantil**. Disponível em: <http://www3.uma.pt/fcf/IMG/pdf/Marketing_Infantil.pdf> Acesso em: 05 abr. 2013.

SILVA, Fernando. **Afinal o que é Publicidade?** Online. Disponível em: <<http://www.administradores.com.br/artigos/marketing/afinal-o-que-e-publicidade/24676/>>. Acesso em: 28 de out.2013.

SPODE, Guinther. **O controle da publicidade à luz do Código de Defesa do Consumidor**. Revista de Direito do Consumidor, São Paulo: v.11, n.43, jul./set.2002.

_____. **Código Brasileiro de Autorregulamentação Publicitária**. Disponível em: <http://www.mp.sp.gov.br/portal/page/portal/cao_consumidor/legislacao/leg_constituicao_federal_leis/leg_cf_Codigos/leg_cf_c_conar/CodigoAutoRegulamenta%C3%A7%C3%A3oPublicit%C3%A1ria.htm> Acesso em: 03 mar. 2013.